

УДК 347.1

Іван Ромащенко,

асистент кафедри цивільного права юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

СПІВВІДНОШЕННЯ ТЕРМІНІВ «ОХОРОНА» ТА «ЗАХИСТ»: ТЕОРЕТИЧНИЙ ТА ПРАКТИЧНИЙ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ*

У статті досліджується співвідношення понять «охорона» та «захист», а також з'ясовується місце заходів захисту в системі заходів охорони прав з використанням літературних джерел. Автор визначає притаманні зазначеним поняттям функції та підстави застосування, що дає йому можливість сформулювати рекомендації щодо внесення змін та доповнень до цивільного законодавства.

Ключові слова: охорона прав, захист прав, цивільне право.

Триваючі та неодноразові порушення прав фізичних та юридичних осіб зумовлюють потребу в належному правовому забезпеченні охорони та захисту цивільних прав. Слід зазначити, що представниками різних юридичних спеціальностей вже досліджувалось питання відмежування захисту прав від охорони [1], однак видається, що наявність певних неузгодженостей на науковому рівні виправдовує повторне звернення до цього питання для поглиблення його розуміння. Крім того, в законодавстві, зокрема в ст. 2 Закону України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» наголошується на правоохоронному характері діяльності таких органів, як органи прокуратури, внутрішніх справ, служби безпеки, державної податкової служби тощо, а тому важливим є встановлення наявності у адміністративних органів повноважень правозахисного характеру.

Отже, метою (завданням) цієї статті є встановлення співвідношення понять «захист прав» і «охорона прав», з подальшим формуванням рекомендацій щодо вдосконалення чинного цивільного законодавства України та практики його застосування.

Вочевидь, традиційне розуміння співвідношення понять «захист» і «охорона» було висловлено Б. Ю. Тихоною, яка визнала за доцільне відносити термін «охорона» до заходів, що застосовуються

до порушення права, а термін «захист» вживати щодо заходів, що застосовуються після правопорушення, для відновлення порушеного права [2]. Під охороною вчена розуміє сукупність різноманітних взаємопов'язаних між собою заходів, здійснюваних як державними, так і громадськими органами, спрямованих на попередження правопорушень, усунення причин, що їх спричиняють, і сприяння нормальному процесу реалізації громадянами своїх прав і обов'язків, а захист розглядається як примусовий (щодо зобов'язаної особи) спосіб здійснення суб'єктивного права, застосований компетентними органами або уповноваженою особою в цілях відновлення порушеного права [3]. Разом із тим, наділення заходів захисту прав примусовим характером і виділення останнього в якості одного з критеріїв для відмежування захисту від охорони призводить до необхідності встановлення винятків із загального правила про непримусовий характер охорони, і до таких винятків можна віднести, наприклад, застосування заходів, спрямованих на відвернення можливості вчинення порушення в майбутньому, у зв'язку з чим певним чином нівелюється ідея непримусового характеру охорони прав.

Прихильником диференціації понять «охорона прав» і «захист прав» є також Д. О. Андреев, який запропонував розмежовувати поняття «охорона» і «захист»

* Рекомендовано до друку кафедрою цивільного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

як такі, що не повторюють один одного за змістом та відрізняються тим, що застосування заходів захисту пов'язане із наявністю ситуації, за якої порушуються права певного суб'єкта або створюється реальна загроза порушення таких прав у майбутньому [4]. Науковцем також було запропоновано відносити діяльність державних органів щодо виявлення фактів правопорушень, які виявляються в контрольно-наглядових процедурах, до засобів захисту [5]. Втім, як бачимо, проведення чіткого водорозділу між зазначеними термінами призводить до необхідності обґрунтовувати віднесення до захисту прав тих заходів, що застосовуються без наявності порушення, і відповідно пояснювати, чому саме такі заходи не слід вважати заходами охорони, попри взаємопроникнення на практиці профілактичних заходів та заходів, спрямованих на припинення порушення чи відшкодування спричиненої ним шкоди.

Поряд із запропонованим вище підходом у літературі наводяться також інші варіанти співвідношення термінів «захист» і «охорона». Наприклад, О. П. Сергеев вказує, що нарівні з широким поняттям охорони в науці та законодавстві використовується поняття охорони у вузькому розумінні, і при цьому воно охоплює лише ті передбачені законом заходи, що спрямовані на відновлення або визнання цивільних прав і захист інтересів при їх порушенні або оспоруванні, і в такому випадку охорону прийнято називати захистом цивільних прав [6]. Іншими словами, вчений пропонує ототожнювати охорону прав у вузькому розумінні із захистом прав.

Близькою є думка С. М. Тараненка, який вважає, що «охорона» і «захист» співвідносяться як загальне і часткове, а в основу розмежування цих понять покладено критерії наявності або відсутності порушеного права та його поновлення [7]. Аналогічного висновку у своєму дисертаційному дослідженні дійшов О. І. Ульянов, вказуючи, що це дозволить визначити особливості діяльності державних органів у механізмі захисту прав і свобод громадян [8]. Відтак С. М. Тараненко та О. І. Ульянов розглядають захист як елемент охорони, але їхній підхід відрізняється від запропонованого О. П. Сергеевим тим, що вони не виокремлюють звужене розуміння охо-

рони прав і схильні розглядати захист прав лише в межах терміна «охорона прав».

На нашу думку, заслуговує на сприйняття підхід, відповідно до якого захист прав розглядається в межах поняття «охорона прав», виходячи з наступного. Проведений аналіз дозволяє зробити висновки, що прихильники відмежування захисту від охорони, як правило, в основу розмежування ставлять наявність правопорушення, тобто називають заходами охорони всі види діяльності (за певними винятками), які вчиняються до скоєння правопорушення і направлені на профілактику їх вчинення, і навпаки, заходами захисту — ті заходи, що мають місце після вчинення правопорушення. Виділяються також інші критерії, зокрема наявність примусу при захисті, сутність відносин тощо, але наявність порушення залишається вирішальним критерієм при відмежуванні цих понять. Наприклад, В. Ю. Орехов однією з визначальних особливостей захисту прав називає його виникнення з моменту порушення суб'єктивних прав, що охороняються державою, і спрямованість на виконання обов'язку щодо суб'єкта, права якого порушені [9]. Такі міркування можуть призвести до певних необґрунтованих суджень. Як вже зазначалось вище, в законодавстві та на практиці є усталеним поняття «правоохоронні органи». Якщо керуватись підходом, за яким поняття «захист прав» і «охорона прав» слід розмежовувати, то відповідно можна зробити неправильний висновок про те, що правоохоронні органи лише охороняють права фізичних та юридичних осіб, але не захищають їх. Такий висновок вступає в суперечність, зокрема, із ст. 2 Закону України «Про міліцію», за якою одним із завдань міліції є забезпечення особистої безпеки громадян, захист їх прав і свобод, законних інтересів, та, по суті, означав би послаблення рівня захищеності громадян у суспільстві, а оскільки захищеність є кінцевою метою захисту, то, відповідно, такий захист, до якого не долучаються правоохоронні органи, можна було б визнати не ефективним. Крім того, подібна суперечність також може виникнути не лише щодо правоохоронних органів, а й на науковому рівні при характеристиці обсягу охоронних відносин, оскільки останні

нерозривно пов'язані з наявністю відповідного порушення права [10].

Отже, існують підстави говорити не про розмежування понять «охорона» та «захист прав», а про виділення в межах поняття «охорона прав» місця для захисту прав. Відповіді на це питання сприяє функціональне наповнення зазначених термінів. Так, у літературі зазначається, що основним призначенням охорони прав є попередження і профілактика порушень прав громадян, усунення перешкод, що заважають їх нормальному здійсненню [11]. В свою чергу, мета та функції захисту прав у науці розглядаються по-різному. Як зазначає Т. І. Пашук, за змістом (напрямом) соціальної функції у захисті права людини у правозахисній діяльності вирізняються наступні функції: а) попереджувальна; б) припиняюча (присікальна); в) відновлювальна [12]. Такий широкий спектр функцій захисту прав вочевидь продиктований позаправовими соціально орієнтованими причинами, тобто дослідженням захисту прав з філософської та соціологічної точок зору. Не менш широко розглядає у своєму дисертаційному дослідженні захист громадянських прав людини І. Ю. Дір, а саме не тільки як діяльність з відновлення порушених прав (правовідновлювальний аспект), а й також як діяльність, спрямовану на забезпечення належної реалізації (правозабезпечувальний аспект) та запобігання порушенню громадянських прав людини (превентивний аспект) [13]. Водночас О. В. Аушева метою захисту прав суб'єктів господарювання від порушень органами державної влади визнає лише відновлення порушеного права [14], не згадуючи про попереджувальний, припиняючий чи правозабезпечувальний аспекти захисту.

Як бачимо, серед поглядів науковців немає розбіжностей лише у питанні визнання за захистом правовідновлювальної спрямованості, але така єдність відсутня, коли йдеться про попереджувальний (превентивний) або правозабезпечувальний характер захисту, оскільки при реалізації зазначених функцій наявність порушення права не є обов'язковою. Разом із тим, видається, що для визнання за захистом усіх зазначених функцій немає перешкод, оскільки на-

віть при кожному конкретному захисті порушеного суб'єктивного права ці функції реалізуються, зокрема, в тій частині, в якій це порушення стосується всіх інших осіб, які безпосередньо не зазнали негативного впливу порушення, але внаслідок відновлення порушеного права третьої особи опосередковано завдяки такому захисту нормалізуються відносини між такою особою та всіма оточуючими, і в результаті досягається загальне благо і відповідний абстрактний позитивний ефект. Крім того, поряд із зазначеними позитивними наслідками захисту, підставою говорити про поліфункціональний характер захисту є положення ч. 1 ст. 15 ЦК України, в якій підставою захисту цивільних прав вважається не лише його порушення, але також невизнання і оспорювання права (посягання), що є додатковим доказом можливості захисту прав за відсутності власне порушення права.

Права та охоронювані законом інтереси можуть також перебувати під загрозою порушення і потребувати захисту, коли існує висока імовірність такого порушення і, відповідно, інші заходи є недостатніми для відвернення несприятливих наслідків. З цього приводу слід зазначити, що Л. А. Калишук розглядає підстави для захисту екологічних прав ще ширше, включаючи до них не тільки порушення, невизнання, оспорювання та загрозу вчинення таких дій в майбутньому, а й інші негативні наслідки [15]. Втім питання про кваліфікацію інших негативних наслідків у якості самостійної підстави для захисту цивільних прав потребує додаткового вивчення, і оскільки не входить до предмета даного дослідження, в межах даної роботи розглядатись не буде.

За таких обставин критерієм наявності чи відсутності захисту прав чи охоронюваних законом інтересів, у тому числі підстав для такого захисту, пропонується визнати пов'язаність відповідних застосовуваних заходів із конкретним суб'єктивним правом чи охоронюваним законом інтересом. У випадку якщо заходи не стосуються конкретних суб'єктивних прав, а мають загальний абстрактний характер, то про захист прав чи охоронюваних законом інтересів не може йтися. Отже, навіть у випадку відсутно-

сті порушення конкретного суб'єктивного права чи інтересу заходами захисту слід визнавати також ті заходи, що вживаються щодо конкретного суб'єктивного права особи у зв'язку з його невизнанням, оспоруванням або настанням реальної загрози його порушення. Щодо останньої названої підстави слід зазначити, що в загальних статтях ЦК України вона не згадується, але в подальшому за текстом законодавчого акта неодноразово закріплюється в спеціальних нормах. Наприклад, за змістом ч. 3 ст. 538 ЦК України за наявності очевидних підстав вважати, що сторона не виконає свого обов'язку у встановлений строк (термін) або виконає його не в повному обсязі при зустрічному характері зобов'язання, друга сторона має право зупинити виконання свого обов'язку, відмовитися від його виконання частково або в повному обсязі. В окремих видах зобов'язань також вказується на можливість застосування заходів при настанні очевидних підстав порушення, як-то : відповідно до абз. 1 ч. 2 ст. 849 ЦК України, якщо підрядник своєчасно не розпочав роботу або виконує її настільки повільно, що закінчення її у строк стає явно неможливим, замовник має право відмовитися від договору підряду та вимагати відшкодування збитків. Також відповідно до ч. 2 ст. 432 ЦК України суд у випадках та порядку, встановлених законом, може постановити рішення, зокрема, про застосування негайних заходів щодо запобігання порушенню права інтелектуальної власності та збереження відповідних доказів.

Можливість оперативно вплинути на поведінку другої сторони у зобов'язанні ще до його порушення є досить ефектив-

ним способом впливу на боржника, який є подібним до існуючої в системі загального права доктрини «передбачуваного порушення» (anticipatory breach) — порушення договору (відмова від виконання) до настання строку виконання, яке вже дає підстави для застосування засобів захисту [16].

У зв'язку з цим така підстава для захисту цивільних прав та інтересів, як реальна загроза їх порушення у майбутньому, не є новою для цивільного законодавства, а тому з метою створення загального правового підґрунтя для застосування заходів захисту за наявності реальної загрози порушення суб'єктивних цивільних прав чи інтересів у майбутньому пропонується доповнити ст. 15 ЦК України ч. 3 наступного змісту:

«3. У випадках, передбачених законом або договором, кожна особа має право на захист свого цивільного права або інтересу у разі настання реальної загрози його порушення у майбутньому».

Отже, на підставі вищевикладеного можна говорити про широке розуміння заходів захисту як таких заходів, що вживаються у відповідь на невизнання, оспорування, порушення прав або при настанні реальної загрози їх порушення в майбутньому, з метою припинення порушення (посягання) та відновлення порушених прав, а також для попередження подальших порушень та забезпечення належної реалізації особою своїх прав.

Перспективним для подальших досліджень у даній сфері може бути поглиблене вивчення теорії превентивного захисту для встановлення кола випадків, коли такий захист є необхідним та достатнім.

ПРИМІТКИ

1. Риженко І. М. До питання розмежування понять адміністративно-правового захисту та адміністративно-правової охорони прав підприємців / І. М. Риженко // Право і безпека. — 2009. — № 1 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/pib/2009_1/PB-1/pb-1_34.pdf.

2. Тихонова Б. Ю. Субъективные права советских граждан, их охрана и защита : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 710 «Теория и история государства и права». — М., 1972. — С. 11.

3. Там само. — С. 13, 15.

4. Андреев Д. О. Административно-правові засоби захисту прав власників цінних паперів : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Д. О. Андреев. — К., 2008. — С. 4.

5. Там само.

6. Гражданское право/ под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 1997. — Ч. 1. — С. 266.
7. Тараненко С. М. Захист прав і свобод громадян у провадженні в справах про адміністративні правопорушення та їх забезпечення в діяльності міліції : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право та процес; фінансове право» / С. М. Тараненко. — К., 2000. — С. 4.
8. Ульянов О. І. Адміністративно-правовий захист міліцією прав громадян у сфері громадського порядку : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право» / О. І. Ульянов. — Х., 2002. — С. 6.
9. Орехов В. Ю. Санкції в праві як елемент правового регулювання та охорони суспільних відносин : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / В. Ю. Орехов. — К., 2008. — С. 15.
10. Бутнев В. В. Понятие механизма защиты субъективных гражданских прав / В. В. Бутнев // Механизм защиты субъективных гражданских прав : сб. науч. тр. — Ярославль, 1990. — С. 11—12.
11. Тихонова Б. Ю. Зазнач. праця. — С. 12.
12. Пашук Т. І. Право людини на ефективний державний захист її прав та свобод : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень» / Т. І. Пашук. — Львів, 2006. — С. 6.
13. Дір І. Ю. Захист громадянських прав людини в Україні у рамках Ради Європи : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право» / І. Ю. Дір. — К., 2010. — С. 7.
14. Аушева О. В. Захист прав суб'єктів господарювання від порушень органами державної влади : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право; господарське процесуальне право» / О. В. Аушева. — Донецьк, 2007. — С. 6.
15. Калишук Л. А. Юридичні способи захисту екологічних прав громадян України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / Л. А. Калишук. — Донецьк, 2011. — С. 14.
16. Комаров А. С. Ответственность в коммерческом обороте / А. С. Комаров. — М. : Юрид. лит., 1991. — С. 98.

Ромашченко Иван. Соотношение терминов «охрана» и «защита»: теоретический и практический гражданско-правовые аспекты.

В статье исследуется соотношение понятий «охрана» и «защита», а также определяется место мер защиты в системе мер охраны прав с использованием литературных источников. Автор определяет свойственные указанным понятиям функции и основания применения, что дает ему возможность сформулировать рекомендации относительно внесения изменений и дополнений в гражданское законодательство.

Ключевые слова: охрана прав, защита прав, гражданское право.

Romashchenko Ivan. Correlation of notions «safety» and «defence»: theoretical and practical aspects of civil law.

The correlation of notions «safety» and «defence» is defined in the article and the place of defence measures in the system of safety measures is defined with the use of literature sources. The author defines functions of these notions and grounds for their application, which allows him to formulate recommendations on changes to the civil legislation.

Key words: rights safety, rights defence, civil law.